2 15



P O R

DON RODRIGO MANVEL de Sotomayor, hijo ſegundo del Conde de la Oliua D. Fran-ciſco Calderon.

C O N

D. RODRIGO CALDERON, ſu hermano legitimo, Conde actual de la Oliua, y primogenito del dicho Conde Don Franciſco.

S O B R E

La tenuta, y adminiſtracion del mayorazgo que fundò Doña Iuana de Sotomayor, bienes, y rentas dèl, y de ſus agregados, por otra fundacion hecha por D. Iſabel de Zarate, en virtud de poder q̃ para ello tuuo de D. Alonſo de Sotomayor, Comendador de Villamayor, Cauallero del Orden de Santiago, del Conſejo de ſu Mageſtad en el de Guerra, ſu marido.

1 TODO el hecho deste pleyto se reduce, a que auiendo posseido el dicho Conde Don Francisco, padre legitimo, y comun de ambos litigantes, y vacado por su muerte el Estado, y mayorazgo del Condado de la Oliua, el de la Villa de Siete Iglesias, el de Corchuela, y del Castillejo de Almofrague, y el de Grimaldo, y los fundados por la dicha Doña Iuana, y Doña Isabel, y introducidose a sucessor de todos ellos el dicho Conde Don Rodrigo, como hijo primogenito del Conde D. Francisco, por cuya muerte vacaron; pidiò el dicho Don Rodrigo Manuel ante la Iusticia ordinaria de la Ciudad de Truxillo, y se le mandò dar, y diò por ella con efecto, y con la clausula de sin perjuyzio de tercero, que tuuiesse mejor derecho, la possession del mayorazgo que fundò la dicha Doña Iuana de Sotomayor, y del mayorazgo fundado por la dicha Doña Isabel de Zarate, como de agregado al que fundò la dicha Doña Iuana, con pretexto de ser este incompatible, y consequentemente el agregado a èl, con los demàs que se han referido.

2 Y que estando las cosas en este estado introduxo el Conde Don Rodrigo demanda de tenuta en el Consejo dentro del termino legal (de que no se duda, ni niega) del mayorazgo fundado por la dicha Doña Iuana, y del fundado por la dicha Doña Isabel, como agregado suyo, concluyendo en ella, que se ha de determinar a su fauor, como hijo primogenito de el dicho Conde D. Francisco, su vltimo posseedor.

3 A que se ha opuesto el dicho D. Rodrigo Manuel, a quien defendemos, hermano segundo, y inmediato al dicho Conde, haziendole contradicion, y pretendiendo, se ha de determinar a su fauor la tenuta de ambos mayorazgos: del de Doña Iuana, como prin

ci-

cipal;y del de Doña Isabel, como de agregado a él, ò por lo menos, del fundado por la dicha Doña Iuana, en caso que se juzgue por diuerso, y incompatible con el el que fundò la dicha Doña Isabel; para lo qual, y meramente para en caso que sea necessario, tiene hecha eleccion en el Consejo, por peticion firmada, no solamente de su Procurador, sino tambien del mismo, para que no se pueda dudar de poder, y con tanta justificacion, que conforme a derecho, y las disposiciones, y reglas dêl parece impossible, que pueda dexar de obtener en lo vno, y en lo otro.

4 Porque aunque es verdad, que en lo regular entra fundando el Conde como primogenito del Cõde D. Francisco su padre, y vltimo posseedor; cũ semper debeat præferri maior, siue primogenitus in successione maioratus, & cæteri ex eius linea procedentes, filio secundogenito, vt constat ex *l. 2. tit. tit. 15. part. 2. & l. 40. Tauri*, & firmat *D. Molin. de Hispanor. lib. 1. cap. 3. ex num. 7. cum pluribus sequentibus Don Iuan del Castillo 6. controuers. cap. 160. & cap. 180. n. 6.*

5 Es constante, que no podrà tener lugar la regla a su fauor si se hallasse resistido de la voluntad de la testadora, y assistido de ella el dicho Don Rodrigo Manuel su hermano segundo, y como tal su inmediato sucessor; por ser constante tambiẽ en el Derecho, que la fundadora pudo poner las leyes, pactos, y condiciones que quisiesse para la sucession del mayorazgo que fundò de sus propios bienes, *ex l. in traditionibus, ff. de pactis, l. rebus, C. de rerum permutat. cap. verum, de condit. appositis*, post multos *Dom. Valençuela consil. 25. numer. 47. volum. 1. Castillo 6. controuers. cap. 180. dict. num. 6.*

6 Y que su disposicion, y voluntad se debe obseruar a la letra, como ley precisa, por donde se ha de determinar la dicha sucession, ex textu satis vulgare in

leg.in conditionibus,ff.de condit. & demonstr. leg. verbis legis, ff.de verb. signific. §. Disponat in Authent.de nuptijs,leg.1.Cod.de Sacrosanct. Ecclesijs, cum alijs adductis per *Dom.Valençuel.dict.cons.25.num.47.* & tradidit *Dom.Molin.de Hispan. lib.2.cap.12.per totum.* & post illum, & alios quã plures firmat *Castillo dict. cap.180.num.4.*

7 Et sumus formaliter in casu, respecto de que la fundadora dispuso de esta suerte por modo de regla vniuersal para todos los sucessores, vt in clausula prima prope finem de las impressas que se han dado: *E que el que huuiere de auer el dicho mayorazgo viua, è more en la dicha Ciudad de Truxillo, è traya las armas, è nombre de Sotomayor, y el apellido, SIN OTRA MIXTVRA ALGVNA, salvo de nombre propio de la pila.*

8 *Y si el dicho mayorazgo, è bienes dèl sucediere en hembra, que el que casare con ella sea obligado à tener el dicho nombre, y con las dichas armas, y CON TANTO QVE NO SEA, ni tenga la persona que huuiere de suceder en este mayorazgo OTRO MAYORAZGO ALGVNO.*

9 Porque de semejante disposicion resultan dos determinaciones diuersas. Vna, que el que huuiere de suceder en el dicho mayorazgo, aya de traer las armas, y nombre de Sotomayor, y el apellido, sin otra mixtura alguna, salvo del nombre proprio de la pila.

10 Otra, que no pueda suceder en dicho mayorazgo el que posseyere, y gozare otro diuerso, vt satis clarê ex præfatis verbis apparet.

11 Y por consequencia precisa dos incompatibilidades distintas, y de tal calidad, que no solamente juntas, sino cada vna de por si excluyen la sucessiõ del Conde, y pretension de tenuta, que ha intentado

de dicho mayorazgo, y hazen llana la inclusion de Don Rodrigo Manuel, su hermano segundo, y la tenuta que pretende dél.

12 Acendiendo, q̃ el Cõde se entrò de hecho en possessiõ por muerte, y vacãte de su padre del mayorazgo, y Estado de la Oliua, del de la Villa de Siete Iglesias, y de los demàs, que quedan referidos, como él mismo lo tiene reconocido, y confessado en el poder que diò para impugnar ante la Iusticia Ordinaria de la Ciudad de Truxillo la possession, que por ella se mandò dar, y diò al dicho Don Rodrigo Manuel del mayorazgo sobre cuya tenuta se litiga, y de su agregado, y en el que diò posteriormẽte para poner demanda de tenuta en el Consejo de lo vno, y de lo otro, intitulandose en entrambos Conde de la Oliua, y dueño de este Estado, y mayorazgo, y de los demàs que quedan referidos, que es la prueba mayor que considera el derecho, ex textu in *leg. cum te, Cod. de transact. & in capite ad petitionem, de accusationib.* Y tanto mas eficaz, quanto la dicha confession se halla geminada, y repetida en dichos poderes, *ex leg. Ballista, ff. ad Trebelian.*

13 Vno, scilicèt, ex illis verbis: *E traya las armas, è nombre de Sotomayor, y el apellido, sin otra mixtura alguna, salvo el nombre de la pila*, por ser, como es llano, que este precepto induce incõpatibilidad, y tal, que haze incapaz al Conde de poder suceder en dicho mayorazgo, y agregado dél, y transito à su hermano segundo, vti per *Dominum Molinam de Hispanorum, lib. 2. cap. 14. num. 26.* Vbi hanc reddit rationem: *Cum vt superius diximus hoc nominis, atque armorum preceptum iustissimum sit, atque in nominis, atque armorum conseruationem introductum, quæ ex immixtione plurium nominum, & insigniorum confunduntur, atque obliuioni tradũtur, vt inferius dicemus. Ideò*

que

que, isque huiusmodi præceptum non seruauerit maioratus successione priuandus erit, & eius successio in sequentem vocatũ transibit. Quod in casu de quo agimus probatur ex elegãti doctrina Bald. in leg. fin. C. de edicto Diu. Adrian. tollendo, n. 43. vbi inquit: *Quod excluditur instrumentum, cuius virtute aliquis prætendit bonorum possessionem, si ex aduerso producatur aliud ex quo vtrumque constet esse incompatibile, cuius dictum sequitur ibidẽ.* Iason n. 33. idem Bald. in l. 1. n. 23. C. Quando prouocare non est necesse, l. fin. vbi per scribentes, C. de codicillis, facit textus, vbi Angelus, & Imol. in l. eumque duobus, de adquir. hæred. Angelo in leg. si is qui nepotem, ff. de adoption. Cin. in l. hac consultissima, §. Si quis autem, Cod. de testam.

14 Eum refert, & sequitur *Don Ioan del Castillo 6. controuers. cap. 180. num. 18.* vbi optimè comprobat (si bien no hazemos la mayor insistencia en esto, respecto de que aunque es muy natural, y corriente, que los demàs mayorazgos, que possee el Conde, tengan grauamen de nombre, y armas, que es el caso, y terminos en que hablan dichos Doctores, cum ad ea quæ frequentius accidunt magis leges adaptentur, *ex leg. nam ad ea, ff. de legibus, & in leg. non ad ea, ff. de condit. & demonstrat.* Et præcipuè, en el mayorazgo del Estado, y Condado de la Oliua, por ser cosa de tanta calidad, y estimacion, y de cuyas armas es preciso vse el Conde) porque no consta de las calidades, y condiciones con que estàn fundados, ni hemos hecho pretension de que los exhiba para hazer indubitada esta exclusion, por no dilatar el curso de la causa, y la determinacion de ella, y ser bastante la que se sigue para su exclusion.

15 Altera verò, la que resulta de aquellas palabras: *Y con tanto que no sea, ni tenga la persona que sucediere en este mayorazgo otro alguno*, vt in indiuiduo con-

consideraũit, & firmat *Don Ioan del Castillo dict. cap.* 180.*num.* 5.*versiculo Itaque*, his verbis: *Itaque si proponamus, vnius maioratus institutorem, expressè instituisse quod eiusdem successor, alium maioratum habiturus non sit, siue quod solum cum possideat, aut quod ab eo institutus maioratus non immisceatur, siue iungatur cum tali, aut tali maioratu, voluntas præcisè adimplenda erit, prout etiam seruanda, quando vtriusque maioratus institutio incompatibilitatem inducat, & concursus prohibitionem habuerit.*

16 Vndè firmat ibidem num. 4. *Quod vbicumque maioratuum ipsorum incompatibilitas, ab expressa institutorum voluntate, seu præcepto resultet* (como en nuestro caso ex prædictis verbis: *Y contanto, que no sea, ni tenga la persona q̃ sucediere en este mayorazgo otro mayorazgo alguno.*) *Et concursus, aut vnionis duorum maioratuũ prohibitio procedat securè firmandũ esse maioratus ipsos iungi non posse in vna, eademque persona, sed potius incompatibiles iudicandos, & voluntatem seruãdam.*

17 Et *num.* 5. que basta que esta incompatibilidad resulte de la fundaciõ del mayorazgo sobre que se litiga, à diferencia de la que nace del grauamen de nombre, y armas, fundandole en razon, que no admite respuesta, ibi: *Idque, siue ex vnius dumtaxat maiorotus institutione, incompatibilitas, & concursus, aut coniunctionis prohibitio procedat; siue ex vnius, & alterius dispositione simul. Cum vnusquisque; suis legibus, præceptis, & conditionibus regi, & gubernari debeat, nec vnus per alium damnum, aut detrimentum, & minus derogationem patiatur, prout etiam deducitur apertè, ex traditis per* Ludouicum Molinam, lib. 2. præcitato cap. 14.

18 *Tùm quia ratione incompatibilitatis dominiũ maioratus amittitur, & absque alio actu in sequentem*

in gradum transfertur, vti post Gregor. Lopez in leg. 34. tit. 9. verbo El señorio, part. 6. vers. Et nota quod similiter fundat, & firmat D. Christoual de Paz de tenuta, cap. 34. num. 12. & post illum Don Ioan del Castillo 6. controu. dict. cap. 180. num. 9.

19 Vbi id verissimum esse firmat reddendo rationem, *Cum ex enim in noua constitutione legis 45. Tauri: Dominium, & possessio maioratus, ipso iure transeat in eum in quem ex legis, vel hominis dispositione, institutoris, scilicet, transire debet, nec penes eum qui ex vna, aut altera dispositione, successionis capax non est, vt quia succedere prohibetur, vel alio modo; nec per momentum resideat; consequens est, vt ratione incompatibilitatis, & vnionis, aut conuersus probibiti, statim in alium vocatum, vel eum, qui succedere debeat, dominium bonorum transferatur.*

20 Et non solum firmat transferri dominium verumetiam, & ipsa possesio per textum in *leg. quoties, Cod. de donat. quæ sub modo, & in leg. 7. tit. 4. part. 5. post D. Christophorum de Paz dict. cap. 34. num. 13.* que afirma lo mismo post *Suarez Theolog. Dom. Molinam, Mierem, & alios,* qui omnes in id ipsum conueniunt.

21 Et *num.* 11. hanc reddit rationem: *Casus namque incompatibilitatis, pro morte habetur;* prout ibidem notauit (scilicet, *D. Christoual de Paz*) *num.* 47. *Siue vt mortuus, & quemadmodum, si in rerum natura non esset, reputatur incapax; & qui ob probibitum concursum, in duobus maioratibus succedere non potest; & idcirco possessio, & dominium in sequentem vocatum, aut qui ex lege succederet debet, sic transit, ac si verè mortuus fuisset, aut nunquam extitisset.*

22 Prosequiturque dicens: *Casus enim efficiens aliquem incapacem successionis operatur, vt reputetur mortuus, & facit locum sequēti in gradu, & paria sunt,*

ali-

aliquem esse inhabilem, vel non esse in rerum natura, *vt* cap. præcedenti *diximus*, *atque* ex Ludouico Molina, Pelaez à Mieres, & alijs *rectè notauit*, *& exornauit* Valençuela Velazquez in consl. 83. num. 7. 8. 11. & 15. *& infert etiam* Christophorus ipse de Paz, d. cap. 34. num. 25. 26. & 27.

23 Et denique, porque de todo lo dicho resulta, q̃ por el mismo caso que aqueste mayorazgo, y su agregado, y todos los demàs, que quedan referidos, vacaron, y se difiniò la sucessìon dellos à vn mismo tiempo por muerte del padre de ambos litigantes, no ha podido el Conde introducir demanda de tenuta dèl, ni puede obtener en ella, mediante la dicha incompatibilidad; por no auer hecho renunciacion primero de los otros, y eleccion de aqueste, vt lato calamo comprobat *Rojas de incompatibilitate Regn. ac maiorat. part. 6. cap. 2. per tot.* vbi *num.* 5. ita se habet: *Ex hac conclusione ita comprobata, primò infertur, quod si aliquis vocatus sit ad successionem duorum pluriumvè maioratuum incompatibiliũ, & sic habeat actionem ad quemlibet eorum, non poterit hos duos, pluresvè maioratus simul petere; sed tantum vnum ex incompatibilibus: quia respectu cuiusque maioratus actiones ad experiendum sunt inter se contrariæ, & incompatibiles, & sic vna earum debet eligi, non vtraque cumulari.*

24 Et *num.* 10. ita prosequitur: *Infertur primò, quod quando alicui competit actio adquemcumque ex duobus, pluribusvè maioratibus, quocumque modo incõpatibilibus, si eorum successio est iam delata, & actiones ad eos natæ* (como sucede virtualmente en nuestro caso, por estar el Conde apoderado de los otros, y pretender à vn mismo tiempo la tenuta de aqueste, para gozarlos todos contra expressam, & determinatam

vo-

voluntatem fundatricis, de que quien le huuiesse de posseer, y gozar no tuuiesse otro alguno) *non valet petitio ad omnes, sed ad vnum tantum eorum. Redditur ratio ex ipsa conclusione, nam succes sio maioratũ, in quibus prohibita sit cumulatio, seu concursus, est incompatibilis, origine, & effectu, seu exercitio ad succedendum.*

Responsa ad obiecta.

25 CONTRA la verdad infalible, que queda fundada, se oponen diuersas replicas por la parte contraria, & cũ ad tollendam consequentiam sufficiat dari instantiam, §. *Pabonum, Instituta de rer. diuis.* & post alios fatetur *Gutierrez practicar. lib. 3. quæst. 16. num. 95.* es inescusable dexar de responder à ellas, no solamẽte por excluirlas, sino tambien porque cõ su impugnacion, y respuesta se califica de nueuo la exclusion de la tenuta, que pretende, y la razon que assiste à D. Rodrigo Manuel para obtenerla.

Primera replica, y exclusion de ella.

26 ESTA la funda en dezir, que la mente de la fundadora de aqueste mayorazgo no fue de hazerle incõpatible con el de el Condado de la Oliua, y que su incompatibilidad se ha de entender ex præsumpta eius voluntate para con otro mayorazgo, qui sit eiusdem qualitatis, & conditionis.

27 Y para excluirla no es menester mas que recurrir à la letra de la fundacion; que dize desta suerte, determinando el caso con palabras expressas, y claras: *Y con tanto, que no sea, ni tenga la persona que su-*

ce-

cediere en este mayorazgo otro mayorazgo alguno.

28 Porque siendo, como es llano en el derecho, que auemos de estar precisamente à las palabras de la fundacion, sin podernos apartar vn punto de ellas, ni de su natural, y rigurosa significacion, mientras que con toda claridad, y euidencia no constare de voluntad contraria de lo que ellas suenan, *ex leg. non aliter 69.ff.de legatis 3.* ibi: *Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quã cum manifestum est, aliud sensisse testatorem,* con quien concuerda la *leg. 5. tit. 33. part. 7.* diziendo lo mismo en la forma, y por las palabras que se siguen: *Las palabras del fazedor del testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, è no se puede partir el juzgador del entendimiento de ellas, fueras ende quando pareciere ciertamente, que la voluntad del testador fuera otra, que non como fueran las palabras que estàn escritas.*

29 Y con mucha razon, quia verba sunt animæ passionum notæ, nec hominis voluntas præsumitur aliena à verbis, neç quis dicere, quod mente non cogitauit vti ex *leg. Labeo, §. Idẽ tu vero de supellectili legata,* firmant *Decius in leg. semper in stipulationibus, numer. 4. & 5. de reg. iuris, Marsilis in leg. 1. numer. 29. Cod. ad leg. Cornel. de Sicarijs,* & *in leg. 1. §. Diu. Adrianus, col. 1. ff. eodem, Crauet. cons. 2. num. 2.* & post illos *Franciscus Becius cons. 129. n. 23. vol. 2. & cons. 208. num. 5. eodem volum.*

30 Et nullum est maius mentis nostræ testimonium, quã qualitas inspecta verborum, vti per *Baldum in leg. generaliter, 1. notabili, Cod. de nonnumer. pecunia,* & *in leg. ad cognoscendũ, Cod. de ingenuis, & manumissis, Alexander cons. 52. col. 2. vol. 4. Tiberio Deciano cons. 12. num. 11. vol. 2.*

31 Y atendidas, y cõsideradas dichas palabras, y la natural, y rigurosa significacion de ellas, y en la mis-

misma forma que ellas suenan, como es preciso, y lo determinan los textos citados, es llano que resulta de ellas mismas la exclusion de la dicha replica, y la inclusion de Don Rodrigo Manuel, à quien defendemos, vt inuincibiliter conuincitur ex seqq.

32 Primò, porque la palabra *Con tanto*, cō que comiença la dicha disposicion, que en Latin correspōde à la dicciō *Dummodo*, y significa lo mismo que ella, inducen condicion de que el que huuiere de suceder en el mayorazgo sobre que discurrimos, no aya de tener, ni posseer otro mayorazgo alguno, quando apponitur, vt in nostro casu casui qui venit implendus antequam actus perficiatur, como lo es el de adquirir nueuamente otro mayorazgo despues del que ya estaua adquirido, ex textu in *leg. Thais*, §. *Stichus*, *ff. de fideicommissar. libertatib. Curtius Senior cons.78.col.8.* latê *Grauet.cons.10. num. 14. Mandosius in regula 31. Chancellar. quæst.13.nu.8. & regula 17.quæst.2.num.3. Surdo decis. 209. num. 4. & cons. 186.num.11. Menochio cons.918.num.10.* y el *señor Luis de Molina de Hispanor.lib.2.cap.15.num.28. in fine*, vbi conciliando las opiniones contrarias que ay en esta materia, ita concludit à nuestro fauor: *Communis tamen resolutio, atque inter has contrarias opiniones concordia est, quod quando dictio dummodo adijcitur actui perfecto importat modum: quando autem adijcitur actui imperfecto* (provt in nostro casu) *importat conditionem*, plurimisque confirmat.

33 Et conditio debet impleri in forma specifica, *leg. qui hæredi*, & *leg. Mæuius*, *ff. de condit. & demonstrat. Bald. cons. 437. in princip. lib. 3. Oldrald. cōs. 242. num. 3. vers. Responditur, Menochio cons. 1. num. 410. & cons. 35. à num. 4. Surd. decis. 209. num. 3. & de aliment. tit. 5. quæst. 3. num. 16.* vbi quod non sufficiet impleri per æquipollens.

34 Y porque aora se tomò por via de modo, ù de condiciones de tal calidad, condiciō, ò naturaleza, quod siue faciat modum, siue conditionem semper requiritur, quod adimpleantur ea, quibus ista dictio adiungitur, alias si non interueniunt actus corruit, nec consequitur effectum, *Rebufus in commentario ad legem maiori parte* 156.*vers. Dummodo, ff. de verbor. significat. pag. mihi* 544.*vers. Verum, Stracha de mercatura, titulo de mandato, num.* 8. *Parisius cons.* 95.*num.*44.*volum.*2. *Decio cons.*661.*num.*12. *vers. Secundo, Anchartano cons.*169.*num.*2.*vers. Siue tamē contrarium, Grat. cons.*86.*num.*1. *vol.* 2. *Alciat. cons.* 211.*num.* 3. *Caualcano de vsufructu mulieri relicto, cap.*9.*num.*117.*ad fin. & num.*129.

35 Y en nuestro caso procede mas eficazmente, por auer disposicion expressa de la fundadora en que determinò lo mismo, & per modum regulæ en la clausula segunda, en la forma, y por las palabras que se siguen: *E quiero, è mando, que todos estos grados, è lineas sean repetidos, è guardados en qualquier descendiente varon, ò hembra, que aya este dicho mayorazgo, que aqui repetimos, è TODOS LOS MODOS, è clausulas, è restituciones, vinculos, CONDICIONES, prohibiciones, penas, è otras qualesquier cosas establecidas en la persona del dicho Gutierre de Sotomayor mi hijo, y en sus descendientes.*

36 Secundò, porque la voluntad de la fundadora fue tan enixa, y deliberada de que se guardasse, y cumpliesse à la letra todo lo dispuesto, y determinado por ella, que no se contentò con que el derecho tuuiesse, como tiene determinado, que tenga fuerça de ley, y se obserue, y execute como tal, sino que para mayor cautela, y para desterrar todo genero de duda, dispuso en la clausula quarta, despues de auer determinado, que si se ofreciere alguna duda sobre

bre la sucessión del dicho mayorazgo, se juzgue, y determine precisamente por las disposiciones dél, y no por las del derecho: *E yo quiero, è ordeno, q̃ esta mi disposicion sea auida por derecho comun, fuero, y costũbre aprobados de guisa que no solamẽte se juzgue lo que aqui es expressado, y declarado, mas aun por las razones, è semejanças de ello; segun otro qualquier caso que acaeciere, aunque no sea de los de suso expressados, è declarados.*

37 Et in clausula 5. propè finem, ibi: *E es mi voluntad, que este dicho mayorazgo, è todo lo en èl contenido desde agora para siempre jamàs sea firme, estable, è valedero en todo, è por todo, segun que de suso, è de yuso en este instrumento es contenido; y quiero, y es mi voluntad, que aquello sea auido por LEY, è sea guardado como ley, è sin embargo, ni contradicion alguna, que sea, ò ser pueda.*

38 Et quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, vt probat textus in *leg. non distinguemus, ff. de receptis arbitris, leg. Præses, ff. de officio Præsidis, leg. 2. §. Conuenire, ff. de iudicijs, leg. quos prohibet, ff. de postulando, leg. 1. §. Generaliter, vbi Glossa, verb. In infinitum, de legatis præstand. leg. quamvis, ff. de in ius vocando, leg. 1. §. Quod autem, & ibi Glossa, ff. de aleatoribus.*

39 Et quia lex generaliter loquens, generaliter est intelligenda, *leg. de pretio, ff. de publiciana in rem actione, leg. in fraudem, §. vltimo, ff. de testamento militis, leg. 1. §. Generaliter, ff. de legatis præstand. leg. fin. in fin.* vbi *Angelus, Cod. de dotis promiss. cap. solitæ, de maiorit. & obedient.*

40 Et quantumcumque le parezca dura à la parte contraria, seruanda est in sua specifica forma, *leg. prospexit, ff. qui, & à quibus, Rolando à Valle cons. 99. num. 47. lib. 2. Crauetta cons. 46. num. 2.*

Ter-

41 Tertiò, porque la testadora no vsò solamẽte de la palabra *Otro mayorazgo*, que es el caso en q̃ se pudiera fundar la replica, ò interpretacion q̃ue en contrario se haze, cum dictio illa *otro*, intelligatur de similibus, argumento *Glossæ, verbo Alia pœna, in leg. si fugitiuus, ff. de seruis fugitiuis*, pluribusque exornat *Dom. Valençuel. cons. 80. vol. 1. num. 128.*

42 Sino que para desterrar todo genero de duda, vsò continuamente de la palabra *alguno*, ibi: *Y que no sea, ni tenga, &c. otro mayorazgo alguno*, cum huiusmodi verbum sit vniuersale, & comprehendat omnes species, *Glossa fin. in cap. si propter, de rescript. in 6. Glossa etiam in Clement. 1. de foro competenti, Cesar de Grasis decis. 191. numer. 7. Franciscus Beccius cons. 12. num. 6. Surd. cons. 33. num. 20. Menoch. cons. 609. num. 18.*

43 Præ maximè quando apponitur negatiuè (provt in nostro casu, ibi: *Y con tanto que no sea, ni tenga la persona que sucediere en este mayorazgo, otro mayorazgo alguno*) quia totum dicit, & æquipollet vniuersali negatiuæ, y obra lo mismo ac si dictum fuisset ningun otro mayorazgo, *Gloss. verbo A suspensis, in cap. cum dilectis, de consuetudine, Nata cons. 525. nu. 7. vol. 4. Ruinus cons. 60. nu. 11. vol. 3. Zened. singul. 8. num. 8.*

44 Et quando verba sunt adeò clara, & habent propriam significationẽ (como las referidas de que vsò la fundadora) non potest esse locus alicui dubitationi, seu disputationi, nec quidquã vlterius quærendum est, *leg. illea, ut ille 25. §. Cum in verbis, ff. de legatis 3. Bart. in leg. Centurio, num. 16. in fine, Fachin. cons. 1. num. 8. vol. 2. Roland. cons. 61. num. 31. vol. 2. Ciriaco controuers. 522. num. 13. vol. 3. & controuers. 657. num. 2. volum. 4.* quia quando in verbis non est ambiguitas non admittitur quæstio volũtatis vti per

ipsum

ipſum, *obſeru.* 53. *num.* 2. *vol.* 1. per prædictum textum.

45 Quod adeò verum eſt quòd ſi dubitetur; dicetur vana, & cabiloſa dubitatio, vt inquit textus notabilis *in Authent. de filijs ante dotal. inſtrum. nat. in princip.* & propè finem, *verſ. Quia verè omnino*, *& in Authent. de triente, & ſemiſſe in* §. *vltimo, in primis verbis*, per quæ iura firmat *Tiberius Decianus reſponſ.* 96. *num.* 47. *vol.* 2. his verbis: *Alias namque ſi ſtantibus verbis tàm claris adhuc dubitaremus, diceretur dubitatio vana, & cabiloſa.*

46 Vndê prouenit quod magis in hærendum ſit verbis certis quibus vſa fuit teſtatrix quam menti imaginariæ (como la q̃ quiere introducir el Abogado contrario) vti poſt *Baldum*, relatum per *Crauetam conſ.* 161. *numer.* 12. firmat *Franciſcus Beccius conſ.* 143. *num.* 74. ibi: *Quod præcipuè dicendum, quia in voluntate teſtatoris interpretanda, diuinare non debimus*, dando por razon: *In teſtamentis enim nihil eſt tàm proprium, quàm claritas.*

47 Ni tampoco ſe le ha de ſuplir à la fundaciō lo que la fundadora no dixo, y pudiera dezir con ſola vna palabra; ſi tuuiera intencion, ò voluntad de que ſe guardaſſe; pulchrê *Cyriacus controuerſ.* 522. *num.* 87. vbi: *Quod talis interpretatio non eſt explicatio mentis teſtatricis, ſed eſt facere teſtamentum pro ea, quia id non dixit*, vbi proſequitur, dicens: *Et in interpretanda voluntate defuncti non licèt ſupplere verba, ſed ſcriptura teſtamenti ſeruanda eſt*, *Baldo conſ.* 232. *propè finem, volum.* 5. vbi inquit: *Quod ad præſumendum iudicium teſtatoris nihil ſub audiendum eſt, & quod ſcriptura non plus loquitur, quam loquatur*, ſequuntur *Craueta conſ.* 161. *num.* 15. *Peregrino artic.* 11. *num.* 27. *& conſ.* 33. *num.* 26. *vol.* 3.

48 Y en nueſtro caſo procede con mayor efi-

cacia, atendiendo à que la intencion, y voluntad de la fundadora fue tan deliberada, y firme de que el mayorazgo que ella fundò no se juntasse con otro mayorazgo alguno, que demàs de la regla general, que queda ponderada, procediendo a llamar à vn hijo de Luis de Chaues, mayorazgo, in dicta clausula 1. pagin. 2. para en caso de que Gutierre de Sotomayor, su hijo, y persona en cuya cabeça le fundò, muriesse sin descendencia legitima, no solamente llamò al hijo segundo del dicho Luis de Chaues mayorazgo, porque el que ella fundaua no se juntasse con el de su padre, sino que preuiniendo, que el hijo primogenito de Luis de Chaues podia premorir, con que era preciso que el hijo segundogenito sucediesse en el mayorazgo del dicho su padre, llamò para quitar duda, y impedir el concurso de ambos mayorazgos en vna misma persona, y hazer mas firme, ê indubitada la incompatibilidad, al hijo segundo, que no tuuiesse el mayorazgo de su padre.

49 Ibi: *E si acaso fuere, lo que Dios no quiera, que el dicho Gutierre de Sotomayor, mi hijo, falleciere sin dexar hijos legitimos, de legitimo matrimonio nacidos, ò nietos legitimos, que suceda en el dicho mayorazgo, è bienes dèl el hijo segũdo de Luis de Chaues mayorazgo, è de D. Iuana de Sotomayor su muger, que no ouiere èl mayorazgo de su padre.*

50 Quod per se sufficeret, para determinar à fauor de Don Rodrigo Manuel, como hijo segundo del Conde Don Francisco, por cuya muerte vacarõ todos los dichos mayorazgos, respecto de auer determinado la fundadora se juzgue, y determine precisamente qualquiera duda, ò question que se ofreciere tocante à la sucession del suyo, por las disposiciones, y determinaciones, que se hallarẽ hechas en èl, vt supra num.   & consequenter specificè à fauor

uor de D. Rodrigo Manuel, como hijo segundo, que no puede suceder en el Estado, y mayorazgo de su padre, ni en los demàs, que tienen incompatibilidad con aqueste.

51 Y aunque la parte contraria pretende esforçar dicha replica con la autoridad de *Alvarado de coniectura mente defuncti, lib. 2. c. 2. §. 1. n. 39.* y otros que refiere *Rojas de incompatibilitate, part. 4. cap. 4. num. 2.* firmantes, que sin embargo de que este mayorazgo tenga la clausula de incompatibilidad, que queda referida, puede andar junto cō el de dignidad, prout est el Condado de la Oliua, es de ningun fruto, ni estimacion.

52 Tum, porque ninguno de los Doctores que refiere trae texto, ni glossa que prueben cosa semejante, con que no se puede hazer estimaciō de lo que afirman, cum tontum sit standum DD. quātum probant los textos, ò leyes con quienes pretenden comprobar su opinion, y no mas, vt inquit *Bart. in leg. non solum, §. Liberationes verbo, num. 10. de liberatione legata, Burgos de Paz in proæmio legis 3. Tauri, num. 64. Gamma decis. 347. num. 5. Gutierrez in repet. §. Sui, Instituta de hæredum qualit. & differ. numer. 112. Roland. cons. 39. vol. 4. el señor Salgad. de Regia protect. 2. part. cap. 7. num. 58.*

53 Qua de causa el mismo *Rojas*, que defendiò, y funda concluyentemente lo contrario, ibidē, entra en su discurso con aqueste desprecio, *numer. 3. Sed cum hæc quæstio non minus grauis, atque difficilis sit, quam qualibet alia de materia incompatibilitatis, minor equidem, quod absque disputatione præ citati DD. illotis manibus, eam pro partē affirmatiua breuiter resoluant.*

54 Y auiendo discurrido sobre las palabras de los lugares en que los cita, que pone à la letra, y valido se

doſe de diferentes fundamentos, y razones para conuencerlos, pone en el *num.* 23, el que ſe ſigue: cõ que prueba clara, y manifieſtamente ſer contra la mente, y voluntad de la fundadora (à quien ſe deue eſtar, y obſeruar como ley particular, por donde ſe ha de determinar el pleyto, como ya queda fundado:) *Hinc infertur pro ſecundò fundamento, quod cauſa finalis quæ mouet inſtitutorem ad prohibendum concurſum ſui cum alio maioratu, ea præſumitur, ne ſuum primogeniũ, & eius memoria, quæ abſque alterius commixtione magis relucet, atque conſeruatur, cum alio vnitum confundatur, & ne inter moriatur familiæ ſplendor, ſimulque arma, & inſignia obumbrentur, vel ſupprimantur: vti ſæpius diximus in noſtro tract.* atque latê probatur *maximè part. 3. cap. 1. & vlt. cauſ. 5. per tot.*

55 Et *num.* 24. ita proſequitur: *Sed hæc ipſa ratio etiam militat in concurſu dignitatis maioris* (imò & efficacius à maioritate rationis, vt in *Authent. multo magis, Cod. de Sacroſanct. Eccleſijs*) *vndè ſequitur quod non videtur voluiſſe inſtitutor, quod ſuum primogenium iungatur, nec vllo caſu concurrat cum tali dignitate Ducatus, Comitatus, aut qualibet alia, in qua iure primogenituræ ſuccedatur.* Y demas à mas repite, y pondera todos los inconuenientes, y daños en que ſe fundò la deciſion de la *leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* para prohibir el juntarſe dos mayorazgos en vn miſmo ſugeto, quæ fortiter vrget à fauor de nueſtro intento.

Segunda replica, y excluſion de ella.

56 ESTA la funda en dezir, q̃ reſpecto de auerſe producido la vacante, aſsi de eſte mayorazgo, como de los demàs que quedan refe-

feridos, por muerte de su padre, y diferiridose la sucessiõn de todos ellos, à vn mismo tiempo le compete derecho de elegir, y consequentemente, que Dõ Rodrigo Manuel su hermano no ha podido intentar el derecho de tenuta, que pretende, y que solo pudiera, ò puede intentar el de pedirle por vna demanda ordinaria, que eilja.

57 Sed malê, primò, porque en el mayorazgo sobre que se litiga no ay, ni està concedida esta facultad de eleccion, vt ex illa patet, en cuyos terminos se presume denegada, vti per textum in *leg. vnica, §. Sin autem ad efficientis, Cod. de caduc. tollend. & in cap. inter corporalia, de translatione Episcopi, & in cap. ad audientiam, de decimis,* firmat *Don Iuan del Castillo 6. controuers. cap. 179. numer. 5. & 6. vbi numer. 8.* quod vbi à lege, vel à testatore non conceditur, censetur reprobata.

58 Secundò, porque por el mismo caso que como hijo primogenito del vltimo posseedor tuuo accion, y derecho para suceder en qualquiera de dichos mayorazgos, y se incluyò en el de el Condado de la Oliua, y los demàs que quedã referidos, fue visto eligir aquellos, y repudiar este otro, y su agregado à fauor de su hermano segundo, & facta semel electione, no le quedò derecho de bolver à elegir, ni lo puede hazer en perjuizio del que ya estaua adquirido al dicho su hermano por la elecciõ que ya auia hecho, ex congestis per *Dom. Solorçan. de iure Indiar. lib. 2. cap. 18. num. 13.* post *Dom. Valençuel. cons. 82. numer. 37. & 66.* latissimê per *D. Ioan. del Castillo dict. cap. 179. ex num. 10.*

59 Vbi *numer.* 17. quod semel repudiatum est redintegrari minimê concedi, per textum in *leg. fin. Cod. de condit. insertis,* & in *leg. si quis ius iurandum, C. qui admitti, &c.*

60 Et *num.*18. quod semel placuit non debere amplius displicere, *ex cap. quod semel, de reg. iuris in* 6. & *cap. horrendus* 22. *quæst.* 5. Tertiò denique, porque con auerse introducido à la possession, y goze de dichos mayorazgos, quedò no solamente incapaz de poder elegir, sino formalmente excluso de la sucession del que fundò Doña Iuana, y su agregado, sobre que se litiga, y consequentemente priuado de poder hazer la eleccion que pretende, vt pro regula statuit *Rojas de incompatib. part.* 8. *cap.* 6. *numer.* 19. vbi ita se habet: *Pro regula constituendum est, quod semel eligens primogenitus variare non potest, leg. serui electione, ff. de leg.* 1. *leg. apud Aufidium, ff. de opt. vel elect. legata, leg. boues, §. Hoc sermone, ff. de verbor. signific. cap. si electio, de el. ct. lib.* 6. *leg.* 25. *tit.* 9. *part.* 6. & ad idem faciunt, *leg. Paulus, ff. de bonis libert. leg. eum qui, & leg. contra maiores, Cod. de inofficioso testam. cum similibus, D. Paz de tenuta, tom.* 1. *cap.* 35. *num.* 54. & copiosê *addit ad D. Molin. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 30. vbi rationem reddũt: *Quod eligens vnus ex contrarijs, alteri renuntiare censetur, ex leg. fin. Cod. de codicillis, leg.* 4. *C. depositi, l. quãuis, Cod. de vsuris, leg. commissoriæ, Cod. de pact. Et quia statim cum ius secundogenito quæsitum sit, variatio in eius præiudicium non admittitur.*

61 Et efficacius in nostro casu por la condiciõ negatiua puesta al que huuiere de suceder en este mayorazgo: *De que no aya de tener, ni tenga otro alguno*; porque por el mismo caso que el Conde se introduxo en el del Estado de la Oliua, y los demàs q̃ se han referido, passò la sucession de este otro instantaneamente, y la possession ciuil, y natural dèl por ministerio de la ley en Don Rodrigo Manuel su hermano.

62 Vti in indiuiduo, & nostri casus specie firmat *Rojas de incompatibil. part.* 7. *cap.* 4. *numer.* 48. his ver-

verbis: *Sed non praetermittam, quod in vno, seu speciali casu admitti potest opinio D. Ioannis à Castillo in dict. capit.* 179. scilicèt: *Quando ille, qui habet maioratum cum alio incompatibilem, non esset vocatus, immo exclusus, verbi gratia, si institutor dicat per verba negatiua, siue exclusiua, non succedat in hoc meo maioratu ille, qui aliũ quemlibet maioratum possideat, aut ille qui in alio successerit, sed ille qui alium non habeat, quia tunc iste qui realiter, & cum pacifica possessione habet maioratum, licèt postea successio alterius maioratus deferatur, optio, seu electio ei non competit, quia ad successionem in hoc casu non est vocatus immo exclusus, & solummodo habet vocationem quilibet alius ex familia, qui sine illo impedimento inuenitur, nam tunc iuxta voluntatem institutoris adempta fuit successio sub illa conditione, & ex inde optio, seu dictio*, argumento textus in leg. qui hominem, cum leg. si Sthicum legatum eligere nõ possit, & leg. legata inutilia 14. vers. Non purê, ff. de adimendis legatis, leg. datum, Cod. de legatis.

Tercera replica, y exclusion de ella.

63 ET dictis non obstat la replica que en contrario se haze para esforçar el intento de la antecedente, y desvanecer la exclusion de ella, que queda fundada, y librarse de ella, y de las autoridades que se le oponen, y se la resisten, fundandola en dezir, que sin embargo de que la testadora hizo en la clausula primera la disposiciõ sobre que auemos discurrido, hizo en la clausula tercera la que se sigue.

64 *E assi digo es mi voluntad, que el que huuiere de auer el dicho mayorazgo tẽga por sobrenombre, è apellido, como dicho es, de Sotomayor, è trayga las armas, que son vn escudo en campo blanco cõ tres vandas negras con es-*

escaques amarillos, y colorados. y las traya à la mano derecha, y no à la izquierda, y si ansi no lo hiziere, y cumpliere, ni assi se nombrare, ni traxere las dichas armas, segun es dicho, è declarado, que en tal caso se lo pueda requerir aquel que està en grado siguiente, y ha de venir al dicho mayorazgo, si el otro muriesse de muerte natural, que tenga el dicho nombre, è trayga las armas segun, y en la manera por mi dicha, y declarada; è si del dia que le requiriere fasta seis meses primeros siguientes no lo enmendare, tomando el dicho apellido, è trayendo las dichas armas, segun de la manera que es dicha, y declarada, por esse mismo fecho passe el dicho mayorazgo, è bienes dèl en el siguiente en grado despues dèl, à quien pertenece el dicho mayorazgo, como si aquel fuesse muerto, è muriesse naturalmente, è que se lo demande, è pueda pedir, è demãdar por derecho; mas no quiero que por fuerça, ni por su propria autoridad se lo pueda entrar, è ocupar, fasta que lo tal sea visto, y determinado por Iuez competente, &c.

65 Queriendo sacar de aqui por necessaria cõsequẽcia, què sin embargo de todo lo que queda fundado, tiene el derecho de elegir que pretẽde, y el termino de los seis meses, què por dicha clausula concede la testadora en el caso de que ella habla, para tomar la resolucion que le conuenga, y consequentemente, que Don Rodrigo Manuel no tiene accion, ni derecho para la tenuta que pretende, y que solo le tiene para conuenirle en vn juizio ordinario, y poder entrar en la possession despues que ya le tenga vencido por executoria, y no antes.

66 Verè tamen sine fructu, porque esta clausula no determina el caso en que nos hallamos de estar posseyendo el Conde otros mayorazgos, y estar prohibido por estas palabras de dicha clausula primera: *Y con tanto que no sea, ni tenga la persona que sucediere en*

en este mayorazgo otro mayorazgo alguno, de poder suceder en estotro, y de entrar à gozarle, respecto de que por el mismo caso que se hallò incapaz con la possession de los otros, se transfiriò la sucession de aqueste en dicho Don Rodrigo Manuel, y la possession ciuil, y natural dêl, como en hermano segundo, y como tal su inmediato sucessor, como queda fundado.

67 Y solo dispone, y determina; que el que huuiere sucedido en êl legitimamente, y sin embarazo de la incompatibilidad, que resiste al Conde, aya de traer sus armas à la mano derecha, y que si assi no lo hiziere, &c. que es caso muy diuerso del en que nos hallamos, y que solo puede conuenir al que sucede de de auer sucedido D. Rodrigo Manuel en dicho mayorazgo, por no tener otro que le resista, ni haga incompatible con êl, y otros semejantes, que pueden suceder, para obligarles à que si por conseruar el lustre de sus antepassados quisieren vsar de las armas de ellos, las ayan de traer à la mano izquierda, y no para elegir qual de los dos ha de renunciar, y que en el interin, y hasta tanto que sea priuado por executoria no se le impida el goze, y no para otro fin.

68 Y assi se reconoce, y prueba clara, y manifiestamente de la clausula quinta, respecto de auer determinado, como determinò en ella, que qualquiera à quien perteneciere la sucession de dicho mayorazgo pueda tomar, y aprehẽder por si mismo la possession dél luego que llegare el caso de su llamamiẽto, y sucession (como llegò el de la sucession de dicho Don Rodrigo Manuel instantaneamente, que el Conde se introduxo en la sucession del de la Oliua, y demàs referidos, y con su introducion hizo eleccion irreuocable por la incompatibilidad que aqueste tiene con ellos, como queda fundado.)

69 Ibi: *E quiero que el dicho mi hijo, è sus descendientes, è otro qualquier que al dicho mayorazgo fuere, ò estè llamado, luego que le perteneciere, è viniere el dia que le pertenezca el dicho mayorazgo, por su autoridad puedan entrar, è ocupar, entren, è ocupen todos los bienes, dehessas, heredamientos, è rentas de suso declaradas, &c.*

70 Quia interpretatio ita facienda est, vt vnum capitulum cum alio de simili materia loquente conformetur, vt firmat *Zephalus cons. 539. num. 95.* & latê comprobat *Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 3. tit. 9. num. 3. & 166, tit. 13. numer. 10. Franciscus Beccius cons. 122. num. 13.*

71 Ex contextu namque verborum omnium totius dispositionis sumitur, & dignoscitur efficax coniectura, & interpretatio deducitur, *leg. Mæuia, ff. de manumiss. testam. leg. nummis, ff. de leg. 3.* & pluribus exornat *Don Ioan del Castillo* 4. *controuers. capit.* 50. *num.* 1. idcircò non vnam tantum clausulam testamenti, aut dispositionis, sed omnes debemus attente perspicere, vt ibidem *num.* 2. vbi *num.* 3. hanc reddit rationem, *nam ex vnis clarius quam ex alijs colligitur testatoris mens, & voluntas*, & latissimè per totum capit.

72 Tùm denique, porque prohibiendo, como prohibiò, la fundadora, que pueda suceder en su mayorazgo el que tempore delatæ successionis estuuiere posseyendo otro, y que por el mismo caso passe la sucession instantaneamente al siguiente en grado, fuera correcion, y encuētro manifiesto disponer, que pueda suceder sin embargo, y que tenga termino de seis meses para elegir, quod nec præsumendum, nec dicendum, cum mutatio voluntatis nunquam præsumitur, ex textu in *leg. 3. & in leg. quinquaginta, prope finem, & in leg. Lutius in fine, ff. de leg. 2. leg. Paulo, §. 1. leg. fideicommissum, §. Si rem suam, ff. de leg. 3.* nec incon-

continenti se corrigere vti ex prædictis, & alijs iuribus firmat, latissimeque exornat *Don Ioan del Castillo 4. controuers. cap. 37. per tot.*

Quarta replica, y exclusion de ella.

73 ESTA la funda en dezir, que la disposicion de la fundadora no fue condicional, sino modal, y tampoco embaraza. Primò, porque aquella palabra: *Y con tanto que no sea, ni tenga*, prueba lo cõtrario, como ya queda fundado ex num.

¶ Secundò, porque como tambien queda fundado ex numer. tiene, y surte vn mismo efecto, tomandola por condicion, ò por modo, y especialmente en la materia de mayorazgos, vti per *Dom. Molin. de Hispanor. lib. 2. dict. cap. 14. num. 27. In Hispanorum primogenijs quoad præsens institutum, & propositum*, importa poco, y no constituye diferencia el que la disposicion sea cõdicional, ò modal, *Quoad effectum ne maioratus duo, aut plures vniãtur siue in vno solo successore iungantur*, quando la testadora prohibiò el concurso de ellos, y preuino la incompatibilidad, vt in nostro casu: *Vt enim primogenitus excludatur, aut alius specialiter exclusus, & concursus diuersorum maioratuum non admittatur sufficit institutorem ita voluisse, & in eo ipso quod repugnantia, & oppositio detur inter duos maioratus*, no importa, ni es de consideracion, que el precepto, ò grauamen dicatur modus, aut conditio, *Vt cumque enim effectus nõ sit compatibilis, remanet introducta contrarietas, sicuti Baldus scripsit in leg. vnica, num. 4. vers. Et dicuntur contraria, quorum finis est contrarius, & incompatibilis.*

74 Al señor *Molina* sigue *Castillo 6. controu. dict. cap. 180. num. 22.* vbi ita prosequitur: *Vndè absolutè mi-*

militat naturale praeceptum, quod ex duobus contrarijs vnius admisſio, non ſolum impedit concurſum, verùm etiam natiuitatem alterius, leg. 1. Cod. de furtis, leg. qui ſeruum, Cod. de obligat. & actionib. Bald. in leg. in rebus, num. 7. Cod. de iure dotiũ, Molin. dict. numer. 27. Ægidius Bellamera conſilio 10. ex num. 4. vſque ad num. 47. Surd. in conſ. 435. num. 15. lib. 3.

Quinta replica, y excluſion della.

75 ESTA la funda en dezir, que no es poſſeedor pacifico de todos los mayorazgos que quedan referidos, por dezir le tiene puesta demanda, y pleyto de tenuta Don Luis Felipe de Trexo del mayorazgo de las Villas de Grimaldo, la Corchuela, y el Caſtillo de Almofrague, y ſus juriſdiciones, y que haſta eſtarlo no llega, ni ha podido llegar el caſo de elegir, & conſequenter, ni el poder pretender Don Rodrigo Manuel la tenuta del mayorazgo ſobre que ſe litiga, y ſu agregado; y tampoco no ſirue de embarazo, porq̃ por el miſmo caſo que ſe vale de dezir le tiene pueſto pleyto el ſuſo dicho al dicho mayorazgo, nos confieſſa virtualmente, que es ſolo el referido en que ſe le pone embarazo, y conſequentemente, que poſſee todos los demàs que ſe han referido quieta, y pacificamente, cum exceptio firmet regulam in cõtrarium, *leg. quaeſitum, §. Denique, ff. de fundo inſtructo, gloſſ. in rubrica, de reg. iuris.*

76 Y à Don Rodrigo Manuel le baſta que poſſea quieta, y pacificamẽte vno ſolo para incluirſe èl, y excluir al Conde ſu hermano, ſegun ſe prueba de las palabras de la fundacion: Y con tanto que no ſea, ni tenga la perſona que ſucediere en eſte mayorazgo otro mayorazgo alguno. Y de los fundamentos

con

con que dexamos calificada, y verificada esta inteligencia supr. num.

77 Mayormente quando vno de los que possee es el Condado de la Oliua, y el que por su naturaleza ha de obscurecer, y confundir el mayorazgo de la dicha Doña Iuana, contra expressam eius mẽtem, & voluntatem, de que no se pudiesse juntar con otro, para hazer mas segura la distincion de su familia, y su nombre, y la conservacion de lo vno, y de lo otro, vt supr. num.

Sexta, y vltima replica, y exclusion de ella.

78 ESta la funda en la dicha clausula 5. in principio, por la qual dispone, y manda la fundadora, que el que huuiere de suceder en este mayorazgo estè obligado a hazer, y haga juramento, y pleyto omenage, de que guardarà, y cumplirà todas las cosas, calidades, y condiciones contenidas en su fundacion, y que hasta aora no lo ha hecho el dicho Don Rodrigo Manuel.

79 Et præterquam, que nõ tiene calidad de priuacion, se excluye; dando por respuesta la misma replica antecedente de que se vale, de que hasta aora no ha llegado a tomar possession pacificamente, y consequentemente, ni el caso de hazer dicho juramento, y pleyto omenage, y que està presto de hazer lo vno, y lo otro quando la tome, en virtud de la determinacion de tenuta, que espera ha de salir en su fauor.

Mayorazgo fundado por Doña Isabel de Zarate.

80 POr auer puesto la fundadora estas palabras en lo final de su fundacion: *Los quales dichos llamamientos en este dicho vinculo, y mayorazgo, y bienes dèl, en virtud del dicho poder hago en las personas de suso declaradas, y sus hijos, y descendientes legitimos, con los cargos, y grauamenes, condiciones, declaraciones, y penas, y todo lo demàs contenido, y declarado en la dicha escritura de imposicion, y fundacion del que fundò la dicha Doña Iuana de Sotomayor en la dicha Ciudad de Truxillo de suso declarado, y no de otra manera.*

81 Pidiò el Conde en su demanda de tenuta la de aqueste mayorazgo, y bienes dêl, como de agregados al que fundò la dicha Doña Iuana, pareciendole, que dichas palabras inducian, y obrauan precisa agregacion.

82 Y viendo, que en la contradicion, que se le hizo por Don Rodrigo Manuel, su hermano segundo, pretendiendo, que como agregado del de Doña Iuana, se le auia de dar a êl, respecto de que como agregado debia militar en êl la misma incompatibilidad que contiene el de Doña Iuana, y la exclusion que resulta della cōtra êl, para que no le pueda obtener, por auer elegido los que goza, y possee, y auer hecho el de Doña Iuana, y su agregado transito desde luego que hizo la eleccion en dicho D. Rodrigo Manuel.

83 Ha mudado de intento, y pretende; que es mayorazgo distinto, por dezir, que dichas palabras no inducen identidad, sino meramēte similitud; y que siendo, como es, incompatible el mayorazgo fundado por la dicha Doña Iuana con los que êl posfee

ſee, es preciſo que lo ſea con êl el que fundò la dicha Doña Iſabel; porque eſtando fundado ad ſimilitudinem del que fundò Doña Iuana, ſe ha, y debe entender fundado con la miſma prohibicion, y clauſula de que vsò la dicha Doña Iuana: *Y con tanto, que no ſea, ni tenga la perſona que ſucediere en eſte mayorazgo otro mayorazgo alguno*, de quo latiſsimê per *Ludouicum Caſanate conſ. 56. per totum* (que es lo que nos mouiò a hazer la eleccion que eſtà hecha por dicho Don Rodrigo Manuel del mayorazgo que fundò la dicha Doña Iuana, ad cautelam, y limitadamente para en caſo que aqueſtos dos mayorazgos ſe tengã, y juzguen por diuerſos, y incompatibles el vno con el otro.)

84 Y de aqui quiere ſacar por conſequencia preciſa, que aunque dicho mayorazgo ſea incompatible con los que êl poſſee, ſe le ha de dar la tenuta, poſſeſsion, y goze dêl, como à primogenito de ſu padre, por cuya muerte vacò, por lo menos en el interin, y haſta tanto que tenga ſuceſsion en quien ſe pueda diuidir, y ſeparar, en conformidad de lo diſpueſto, y determinado por la *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* & ex tradit per *Hermenegildũ de Roxas de incompatibilitate*, en ſu inteligencia, y comprobacion, *part. 8. cap. 8. per totum.*

85 Y aunque a primera luz parece, que tiene fundamento ſu pretenſion, re tamen benê perpenſa, es cierto que carece dêl, y que la tenuta ſe debe dar, y conceder al dicho Don Rodrigo Manuel, aun en caſo de tenerſe por diuerſo del que fundò Doña Iuana, por el miſmo caſo de eſtar hecho, y fundado ad ſimilitudinem eius, ex triplici capite.

85 Primò, porque por el miſmo caſo, que por eſtar hecha la fundacion ſimilitudinariê al que fundò Doña Iuana, y que por ello ſe debe entender pueſto en êl a la letra la miſma prohibicion, y clauſula

de

de que ella vsò: *Y con tanto, que no sea, ni tenga la persona que sucediere en este mayorazgo otro mayorazgo alguno*; es llano, que el Conde se hizo, per predictã electionem, tan incapaz de suceder en este, como lo quedò para el que fundò Doña Iuana; y consequentemente, que se transfiriò la sucesion del vno, y el otro en dicho Don Rodrigo Manuel, como en inmediato siguiente en grado, y que como tal es êl quien le ha de percibir, y gozar, ex ipsa dispositione legis, & ex traditis à *Roxas loco nuper citato.*

86 Secundo, porque el estar hecha la fundacion de Doña Isabel, a imitaciõ, y semejança de la que hizo la dicha Doña Iuana, no quita, ni embaraza el que ayan de correr, y corran los llamamientos, que ella hizo en las personas, y en la forma que los hizo; antes es llano, que han de correr, y executarse, como disposicion expressa suya, ex latê traditis à prædicto *Ludouico Casanate dict. cons. 56.*

87 Y recurriendo a los llamamientos que hizo, hallamos, que en falta de los llamados, antes que Doña Lorença de Zarate, y sus descendientes, y que en falta della, y ellos llamò a Doña Inês de Vargas y Camargo, muger de Don Rodrigo Calderon, abuelos de ambos litigantes, y a sus hijos, y descendientes, & consequenter sucessores en su casa, y mayorazgos, sin embargo de la pretendida incompatibilidad, ibi: *Y a falta de la dicha Doña Lorença de Zarate, y sus hijos, y descendientes han de suceder en este dicho vinculo la señora Doña Inès de Vargas y Camargo, muger de el señor Don Rodrigo Calderon, de la Camara de su Magestad, Señor de las Villas de la Oliua, y Placençuela, durante sus dias, y vida, y a falta de ella han de suceder en este dicho vinculo, y mayorazgo sus hijos legitimos, y los sucessores dellos.*

88 Porque por el mismo caso que la sucesion deste

este mayorazgo ha de correr a similitud, y por el mismo modo de disposiciones, y reglas del de Doña Iuana, se halla el Conde con exclusion manifiesta; y Don Rodrigo Manuel, como hermano segundo, con llamamiento literal, atendiendo al llamamiẽto que hizo la dicha Doña Iuana para en caso que su hijo Gutierre de Sotomayor muriesse sin descendientes, no solamente en el hijo segundo de Luis de Chaues, por tener su padre mayorazgo, y tal, que no huuiesse el mayorazgo de su padre, por auer sucedido el Conde en los demàs mayorazgos, que vacaron por muerte del suyo, y estar dispuesto, y determinado para la dicha Doña Iuana, que qualquiera caso que sucediere, se juzgue, y determine por qualquiera de los dispuestos, y determinados por ella, vt supr. num. 36. y consequentemente por la misma Doña Isabel, que per relationem quiso se observasse lo mismo en el suyo, cum relatum sit in referunt cum omnibus suis qualitatibus, ex vulgata *l. asse toto, ff. de hered. instituendis.*

89 Tertiò denique, y que no admite respuesta, quia quantumcumque, se juzgue incompatible este mayorazgo con los que possee el Conde, y con qualquiera de ellos, ex relata conditione, del que fundò Doña Iuana: *Y con tanto, que no sea, ni tenga la persona que sucediere en este mayorazgo otro mayorazgo alguno*; no lo es, ni puede ser con el que fundò la dicha Doña Iuana; y antes bien ay determinacion expressa de la fundadora para que ande juntamente con êl, & sub eisdem conditionibus, & qualitatibus, en la dicha Doña Ines de Vargas, sin embargo de ser sucessora del mayorazgo que fundò la dicha Doña Iuana, y en sus hijos, y descendientes; & sic, en el dicho Don Rodrigo Manuel, como su nieto, sin embargo de auer preuenido, que co-

mo tales auian de suceder precisamente en el dicho mayorazgo fundado por la dicha Doña Iuana, como se prueba de las palabras que acabamos de referir de la fundacion de la dicha Doña Isabel, y de las que se siguen, con que prosiguiò las referidas: *Por quanto la dicha Doña Inès es descendiente de Gutierre de Sotomayor mi señor, y sucessora en el mayorazgo que possee el dicho D. Alonso de Sotomayor, mi hijo mayor, en la Ciudad de Truxillo, que le fundò la señora D. Iuana de Sotomayor, por escritura otorgada en la dicha Ciudad, &c.*

90 Nec his obstat la excepciõ de cosa juzgada, que en contrario se nos opone por la determinacion del pleyto de embargo de bienes, que se litigò entre la testamentaria de Doña Lorença de Sotomayor, Marquesa de Villahermosa, y el Conde de la Oliua Don Francisco Calderon, padre comun de ambos litigantes; en que auiendose tomado possession por dicho Conde D. Francisco de aqueste segundo mayorazgo, con el pretexto de ser mayorazgo, y êl el inmediato sucessor, como hijo primogenito, ò vnico de la dicha Doña Inês de Vargas, y llamada juntamente con sus descendientes, por auer muerto la dicha Doña Lorença, Marquesa de Villahermosa, sin descendencia; y auer pretendido la testamentaria de la suso dicha, que por su muerte auia espirado dicho mayorazgo, y quedado en ella, y su disposicion libres todos los bienes dêl, por dezir, que conforme al poder que tuuo la dicha Doña Isabel de D. Alonso de Sotomayor su marido para fundarle, no auia podido passar a hazer los llamamientos que hizo para despues de la suso dicha, y su descendencia. Saliò determinaciõ en que desestimando esta pretension, y estimando la fundacion del dicho mayorazgo, se mandò leuantar dicho embargo libremente a fauor de dicho Conde, & a separatis non fit illatio, *l. age cum Geminiano, C. de* [illegible] cum vulgarib.

91 Y aunque es verdad, que el Conde actual se mostrò parte en aquel pleyto, pretendiendo le tocaua à êl dicho mayorazgo, en caso que se juzgasse incompatible, es cierto, que como esta pretension no tenia que ver con la que se disputaua, de si los bienes dél auian quedado libres, ò no, por muerte de la dicha Marquesa, ni se hizo caso della, ni se ventilò sobre ello, ni se determinò otra cosa mas que mandar leuantar dicho embargo libremente. Y en el Derecho lo es tambien, que la determinacion no haze cosa juzgada en aquello sobre que no se disputò, ni huuo pleno conocimiento de causa, ni determinacion, ex latê traditis à *Dom. Salgado de Regia protect. 4. part. cap. 9. ex num. 7. cum pluribus seqq.* & fusiùs en su *labyrinto part. 3. cap. 1. per totum.*

92 Præterquam, que no auiendose disputado en aquel juyzio lo que oy se controuierte en aqueste, ni litigadose en êl con el dicho Don Rodrigo Manuel, es llano tambien, que por aqueste respeto no le ha podido, ni puede parar perjuyzo alguno, ex vulgata *l. de vnoquoque, ff. de re iudicata.*

Ex quibus omnibus, &c.

Lic. D. Luis de Vargas.